

# TE OGH 2020/7/2 4Ob76/20k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.07.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Priv.-Doz. Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin C\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Vavrovsky Heine Marth Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Beklagte B\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dorda Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung, Feststellung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 124.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 27. Februar 2019, GZ 5 R 14/20w-17, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin vermittelt Taxifahrten, verfügt über eine Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe und übt dieses auch aus. Die Vermittlungstätigkeit erfolgt insbesondere über Telefon und die von ihrer Muttergesellschaft für Kunden kostenlos bereitgestellte Smartphone-Applikation (kurz App) „TAXI 40100 APP“.

Die Beklagte bietet im Zusammenhang mit Personenbeförderungsdienstleistungen unter der Marke „Bolt“ (vormals „Taxify“) ua ebenfalls eine App an. Seit 2. 1. 2018 hat die Beklagte das Gewerbe „Werbeagentur“, seit 23. 4. 2019 die Gewerbe „Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik“ und „Betrieb einer Taxifunkzentrale“ sowie seit 4. 6. 2019 das Gewerbe „Reisebüro, ausgenommen die Vermittlung von Flugdienstleistungen“ angemeldet.

Die Klägerin beantragte zur Sicherung ihres gleichlautenden Unterlassungsbegehrens die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Beklagten aufgetragen werden möge (zusammengefasst), es zu unterlassen,

1. ohne Gewerbeberechtigung nach § 3 des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes 1996 in Österreich Verkehrsdienstleistungen, insbesondere, wenn die Tätigkeit über die reine Zusammenführung präsumtiver Vertragspartner hinausgeht, anzubieten oder durchzuführen;

2. im räumlichen Anwendungsbereich des aufgrund des § 14 dieses Gesetzes erlassenen WIENER TAXITARIF 1997 idgF spontane Personenbeförderungsdienstleistungen anzubieten und/oder durchzuführen und/oder durchführen zu lassen, wenn für diese Fahrten ein anderer als der durch den WIENER TAXITARIF 1997 idgF festgesetzte Preis

verrechnet wird;

3. im räumlichen Anwendungsbereich der Verordnung des Landeshauptmanns von Wien betreffend die Betriebsordnung für das mit Kraftfahrzeugen betriebene Platzfuhrwerks-Gewerbe, das mit Personenkraftwagen betriebene Mietwagen-Gewerbe sowie das Gästewagen-Gewerbe in Wien Personenbeförderungsdienstleistungen anzubieten, wenn Fahrgäste entgegen § 36 Abs 3 der Wiener Taxi-, Mietwagen und Gästewagen-Betriebsordnung idF LGBl 2011/36 außerhalb der Betriebsstätte der Mietwagen-unternehmer aufgenommen werden und diese Aufnahme nicht aufgrund einer in der Wohnung oder der Betriebsstätte des Mietwagenunternehmers erfolgten Bestellung durchgeführt wird, insbesondere auch wenn die Bestellannahme des Mietwagenunternehmers durch Verwendung von Software automatisiert wird und dadurch Wettbewerbsverstöße durch Mietwagenunternehmer bewusst zu fördern;

4. im räumlichen Anwendungsbereich der genannten Verordnung ein Vermittlungssystem für Personenbeförderungsdienstleistungen durch Mietwagenunternehmer anzubieten, bei dessen Inanspruchnahme die Mietwagen entgegen der oben genannten Betriebsordnung nach Beendigung des Auftrags nicht wieder zu einer Betriebsstätte des Gewerbetreibenden zurückkehren, sondern unmittelbar weitere Aufträge annehmen, und dadurch Wettbewerbsverstöße durch Mietwagenunternehmer bewusst zu fördern.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung gegen Erlag einer Sicherheitsleistung von 200.000 EUR. Das Rekursgericht wies unter Hinweis auf die Entscheidung 4 Ob 206/19a, UBER II, den Sicherungsantrag ab, bemmaß den Wert des Entscheidungsgegenstands mit 30.000 EUR übersteigend und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs für nicht zulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der von der Klägerin erhobene außerordentliche Revisionsrekurs ist wegen der bereits mit der Entscheidung 4 Ob 206/19a geklärten Rechtslage in Ermangelung von erheblichen Rechtsfragen nicht zulässig und folglich zurückzuweisen.

1.1. Die Revisionsrekurswerberin behauptet zunächst, bei der Entscheidung 4 Ob 206/19a handle es sich insoweit um einen Nichtbeschluss, als das letztlich abgewiesene Mehrbegehren, der Beklagten die Durchführung von Personenbeförderungsdienstleistungen ohne Gewerbeberechtigung nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz zu untersagen, nie beantragt und daher nicht Verfahrensgegenstand gewesen sei. Es handle sich um einen offensichtlichen Irrtum des Obersten Gerichtshofs, hervorgerufen durch die Verfahrensführung der dort Beklagten.

1.2. Als Nichtbeschluss werden unter anderem Entscheidungen bezeichnet, die ohne Urteilsantrag ergingen (RS0040740 [T2]). Das Verfügungsbegehren im genannten Verfahren lautete, der Beklagten zu untersagen, „ohne Führung einer Niederlassung und/oder ohne Gewerbeberechtigung in Österreich nicht nur vorübergehend und nicht nur gelegentlich eine Verkehrsdienstleistung anzubieten oder durchzuführen“. Dementsprechend verbot der Senat der Beklagten, „ohne Gewerbeberechtigung nach der österreichischen Gewerbeordnung in Österreich Verkehrsdienstleistungen zur Personenbeförderung zu vermitteln“. Das Mehrbegehren, „ohne Führung einer Niederlassung in Österreich nicht nur vorübergehend und nicht nur gelegentlich Verkehrsdienstleistungen zur Personenbeförderung durchzuführen“, wurde abgewiesen. Das tatsächlich abgewiesene Mehrbegehren entspricht damit dem Urteilsantrag. Ein Mehrbegehren des Inhalts, Personenbeförderungsdienstleistungen ohne Gewerbeberechtigung nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz zu untersagen, wurde – entgegen dem Revisionsrekurs – nicht abgewiesen.

1.3. Entgegen der Revision handelt es sich dabei auch nicht um ein unbeachtlich obiter dictum. Ein obiter dictum ist eine in einer Entscheidung eines Gerichts geäußerte Rechtsansicht, die nicht die gefällte Entscheidung trägt, sondern nur geäußert wurde, weil sich die Gelegenheit dazu bot (4 Ob 156/17w). Davon kann hier keine Rede sein. Den ursprünglichen Urteilsantrag konkretisierend – was der Senat in Pkt 3 seiner Entscheidung auch umfassend begründete – wurde der Beklagten nicht die Durchführung, sondern das Vermitteln von Personenbeförderungsleistungen ohne Gewerbeberechtigung nach der GewO verboten. Die Ausführungen, die Beklagte trete lediglich als Vermittler und nicht als ausführendes Unternehmen der Beförderungsleistung auf, weshalb sie keiner Konzession nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz, sondern einer Gewerbeberechtigung nach § 126 Abs 1 Z 2 GewO für das Reisebürogewerbe bedurfte, beziehen sich unmittelbar auf die Reichweite des Urteilsspruchs und waren daher tragend.

2.1. Zur Thematik der Mietwagenkonzession argumentiert der Revisionsrekurs unter Bezugnahme auf 4 Ob 206/19a, der Oberste Gerichtshof sei dort nicht von den Feststellungen, sondern vom unrichtigen Vorbringen der dort Beklagten ausgegangen. Diese biete die Personenbeförderungsdienstleistungen tatsächlich selbst an und sei nicht bloß als Vermittler tätig. Für einen Vermittler, insbesondere ein Reisebüro, sei kennzeichnend, dass er lediglich die Anbahnung eines Vertragsabschlusses übernehme und potenzielle Vertragspartner zusammenbringe. Im vorliegenden Fall nehme die Beklagte aber maßgeblich Einfluss auf die Verträge, indem sie den Fahrer auswähle, den Preis festsetze und auch das Inkasso übernehme. Die Fahrer seien insoweit bloße Besorgungsgehilfen der Beklagten.

2.2. Dazu ist zunächst auszuführen, dass ein lauterkeitsrechtlich relevanter Rechtsbruch nur vorliegt, wenn er auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht (RS0077771; RS0123239). Die Vertretbarkeit einer Rechtsansicht ist aufgrund des Wortlauts und des offenkundigen Zwecks der angeblich verletzten Norm und der dazu ergangenen Entscheidungen der zuständigen Behörden und Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zu beurteilen (RS0077771 [T4]; RS0123239 [T8]). Hat das Rekursgericht die Vertretbarkeit bejaht, ist dagegen der Revisionsrekurs nur zulässig, wenn diese Beurteilung ihrerseits unvertretbar war (RS0124004).

2.3. Der Senat hat in der von der Revisionswerberin kritisierten, in der Literatur aber bislang positiv aufgenommenen Entscheidung 4 Ob 206/19a (= *ecolex* 2020, 420 [Schnider]) explizit ausgesprochen, dass ein System, das jenem der Beklagten in allen wesentlichen Punkten gleicht, nicht der Bewilligung nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz bedarf, weil eine Personenbeförderung nicht angeboten, sondern nur vermittelt wird. Diese Ansicht entspricht der in auch in Teilen der Literatur vertretenen Meinung, Fahrdienstvermittler wie die Beklagte bedürften nur einer Gewerbeberechtigung nach § 126 Abs 1 Z 2 GewO (vgl. Mahr/Dechant, *Taxischeck Online-Fahrdienstvermittler*, *ÖJZ* 2016, 398 [400]). Raschauer (*Vermittlung von Verkehrsdienstleistungen an der Schnittstelle von GewO, GütbefG und ECG*, *ZVG* 2016, 389 [397 ff]) leitet methodisch und durch Rechtsprechung des VwGH belegt aus dem Gesetz ab, dass Anbieter eines Systems wie das in Rede stehende die Tätigkeit eines Reisebüros ausüben. Zwar wurde auch die Gegenmeinung vertreten, wonach Unternehmer wie die Beklagte einer Konzession nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz bedürfen (etwa Brauneis, *Fahrdienstvermittler von Mietwagen – noch ist nicht alles gesagt*, *ÖJZ* 2016, 750; Holzer, *Taxi? Mietwagen? Gewerbe?* Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, *ecolex* 2018, 284). Einschlägige Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts liegt dazu aber nicht vor. In der einzigen bislang zum System von UBER, welches die Beklagte im Wesentlichen übernommen hat, ergangenen Entscheidung des LVwG Wien (VGW-021/020/10964/2015) wurde der Anbieterin (bzw deren gewerbeberechtigtem Geschäftsführer) von der Behörde erster Instanz lediglich ein Verstoß gegen § 126 Abs 1 Z 2 GewO vorgeworfen. Im Lichte der eindeutigen Entscheidung des Senats zu 4 Ob 206/19a, die überwiegende Teile des Schrifttums für sich hat, und dem Fehlen einschlägiger Rechtsprechung des VwGH ist die Rechtsansicht, ein System wie das vorliegende dürfe mit einer Gewerbeberechtigung nach § 126 Abs 1 Z 2 GewO angeboten werden, jedenfalls nicht unvertretbar. Der Revisionsrekurs legt auch nicht dar, wieso die Entscheidung des Rekursgerichts ihrerseits unvertretbar sein sollte.

3.1. Die Revisionsrekurswerberin stützt ihre Argumentation im Wesentlichen darauf, die Beklagte sei deswegen nicht als reine Vermittlerin anzusehen, weil sie maßgeblichen Einfluss auf die Beförderungsverträge nehme. Insbesondere lege sie den Preis fest, wähle den Fahrer aus, nehme das Entgelt entgegen und kontrolliere ihre Flottenpartner, indem sie ihnen beispielsweise eine bestimmte Mindestbewertung vorschreibe.

3.2. Dass eine faktische Einflussnahme auf die Ausgestaltung der Verträge ein maßgebliches Kriterium bei der Prüfung sei, ob eine (reine) Vermittlungstätigkeit ausgeübt wird, lässt sich der Rechtsprechung allerdings nicht entnehmen:

Der Begriff der Vermittlung ist in der GewO 1973 nicht näher umschrieben. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist Vermittlung – entgegen den Ausführungen im Revisionsrekurs – nicht nur das Zusammenführen von Kontrahenten, sondern auch die Entfaltung einer Tätigkeit mit dem Ziel der Herstellung einer Übereinstimmung zwischen Gläubigern und Schuldnern (VwGH 03/04/0202). Daran anknüpfend nahm der VwGH in der kürzlich ergangenen Entscheidung Ra 2019/04/0131 zu einem Verstoß gegen § 126 Abs 1 Z 2 GewO Stellung. Dem Beschwerdeführer war vorgeworfen worden, ohne Gewerbeberechtigung nach dieser Bestimmung Fahrtendienstaufträge zu einem näher umschriebenen Preis an diverse Firmen vermittelt zu haben. Dabei wurden in einer Telefonzentrale Anrufe von Patienten und Gesundheitseinrichtungen entgegen genommen und die Fahrtendienstaufträge an den Anbieter weitergeleitet, in dessen Sprengel der Patient seinen Wohnsitz hatte. Der VwGH führte dazu aus, einer Vermittlung stehe es nicht entgegen, wenn eine auf die Gestaltung eines (bereits bestehenden) Schuldverhältnisses gerichtete Tätigkeit ausgeübt

werde, und qualifizierte die in Rede stehende Tätigkeit als Vermittlung. Obwohl der Anbieter somit Einfluss auf den Beförderungsvertrag nahm, indem er die Anfragen an einen bestimmten Fahrtendienstanbieter weiterleitete, stand dies der Annahme einer Vermittlungstätigkeit nicht entgegen.

3.3. Im vorliegenden Fall reicht der Einfluss der Beklagten zwar weiter; die Unvertretbarkeit ihrer Rechtsansicht wird dadurch aber nicht begründet. Insbesondere steht es einer Vermittlung nicht entgegen, dass die Beklagte ihre „Flottenpartner“ kontrolliert und eine gewisse Mindest-(aktivitäts-)bewertung vorsieht. Dass Vermittler nur solche Dienstleistungsanbieter in ihr Angebot aufnehmen, die bestimmten Qualitätsanforderungen genügen, ist kein Hinweis darauf, dass sie die Dienstleistung selbst anbieten oder durchführen.

3.4. Nach der Rechtsprechung des VwGH zum Reiseveranstaltungsrecht bestimmt sich der Umstand, ob jemand als Veranstalter oder Vermittler abschließt, danach, wie er gegenüber dem Reisenden auftritt, ob er erklärt, die Reiseleistung in eigener Verantwortung zu erbringen oder sie bloß zu vermitteln; es komme darauf an, wie Anpreisungen und Angaben des Gewerbetreibenden gegenüber (potenziellen) Reisenden als redliche Erklärungsempfänger zu verstehen sind (VwGH 2004/04/0058; vgl auch OGH 1 Ob 80/11p [Pkt 2.2]). Folglich kommt es darauf an, ob ein tatsächliches Verhalten ausgeübt wird, das den objektiven Eindruck entstehen lässt, eine Leistung werde selbst angeboten.

Bei einer Vermittlungstätigkeit kommt es entscheidend auf den vertraglichen Kontext an. Wird ein Vertrag (hier Beförderungsvertrag) vermittelt, sodass er nicht mit dem Vermittler, sondern mit dem dritten Leistungserbringer zustande kommt, so wird die Leistung (hier Beförderungsleistung) nicht vom Vermittler selbst angeboten.

3.5. Da es auf den objektiven Eindruck ankommt (vgl RS0060354 [T2]), handelt es sich um eine Rechtsfrage und nicht um eine Tatfrage; die entgegenstehende Feststellung des Erstgerichts ist daher unbeachtlich. Aus dem bescheinigten Sachverhalt ist nicht abzuleiten, dass der objektive Eindruck entsteht, die Beklagte führe die Beförderungsleistungen selbst durch. Im Geschäftsverkehr haben sich mittlerweile Online-Vermittlungsangebote durchgesetzt; gerade im Personenbeförderungsbereich besteht seit längerem nach § 126 Abs 2 Z 4 GewO eine Ausnahme von der Reglementierung des Reisebürogewerbes für die „Vermittlung von Personenbeförderungsleistungen des Taxi-Gewerbes durch Taxifunk“ (vgl VwGH Ra 2019/04/0131). Diese gilt freilich nicht für den Mietwagenbereich (LVWG Wien, VGW-221/008/3323/2018/A), doch bieten auch diese Unternehmen die Vermittlung von Personenbeförderung an. Sie entfalten dafür eigene Werbetätigkeit und führen teilweise auch ein eigenes Branding, das auf den Fahrzeugen der Taxilenker angebracht ist. Insofern ist das Anbringen des Logos der Beklagten auf den Fahrzeugen ihrer Flottenpartner kein Grund anzunehmen, sie sage die Beförderungsleistungen im eigenen Namen zu. Auch sonst unterscheidet sich die Tätigkeit der Beklagten – bis auf die Festlegung des Preises, was ein durchschnittlicher Kunde aber nicht weiß – nicht wesentlich von der eines Taxifunks, nur eben im Mietwagenbereich. Wenn der Gesetzgeber die anerkannte Institution des Taxifunks aber dem Reisebürogewerbe zuordnet, ist es nicht unvertretbar, die im Wesentlichen ähnliche Dienstleistung der Beklagten ebenfalls diesem Gewerbe zuzuordnen.

3.6. Auch die weiteren in der Revision zitierten Entscheidungen stützen die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht. 4 Ob 130/17x erging zur Frage, ob Affiliate Marketing eine bewilligungspflichtige Reisebüroleistung ist; zur Abgrenzung zwischen Vermittlung und Durchführung bzw Anbieten der Leistung ist der Entscheidung nichts zu entnehmen. Auch die Entscheidung des EuGH C-390/18, AirBNB, ist nicht einschlägig. Abgesehen davon, dass der Gerichtshof den Schlussanträgen des Generalanwalts gefolgt ist und auf diese schon zu 4 Ob 206/19a Bedacht genommen wurde, steht im vorliegenden Fall ein reiner Inlandssachverhalt zur Prüfung.

4.1. Zur Frage des Taxitarifs argumentiert die Revisionsrekurswerberin, Fahrern von Mietwägen sei die spontane Aufnahme von Fahrgästen untersagt. Die Beklagte biete aber gerade solche „spontanen“ Beförderungsleistungen und nicht im Voraus geplante, längere Beförderungen an, weshalb sie den Taxitarif einzuhalten habe.

4.2. Richtig ist, dass Fahrern von Mietwägen eine spontane Aufnahme von Fahrgästen untersagt ist (4 Ob 162/18d, UBER I [2.3 mwN]); damit wurde zum Ausdruck gebracht, dass Fahrgäste nicht ohne vorherigen, am Standort des Gewerbetreibenden eingegangenen Auftrag spontan von der Straße weg aufgenommen werden dürfen. Die Revisionsrekurswerberin kritisiert demgegenüber, dass das System der Beklagten auch spontane Aufträge zulässt und unterstützt.

4.3. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist das Mietwagengewerbe dadurch gekennzeichnet, dass es in der Regel zur Durchführung von Fahrten auf längere Dauer mit entfernteren Fahrtzielen in Anspruch genommen wird, während das

Wesen des Taxigewerbes darin liegt, dass Pkw zur Durchführung meist kurzer Fahrten innerhalb eines enger umgrenzten Gebietes im Bedarfsfall bereitgehalten werden. Diese Erfahrungsregel ist aber nicht ausschlaggebend für die rechtliche Zuordnung. Die tatsächliche Abgrenzung nimmt der VwGH nicht nach längerer oder kürzerer Fahrdauer bzw der Spontanität der Anforderung, sondern nach dem Inhalt des erteilten Auftrags vor, der bereits anlässlich der Bestellung des Fahrzeugs die zu erbringende Beförderungsleistung zumindest nach Anfangs- und Endpunkt zu umschreiben hat (VwGH Ra 2017/03/0045). Die Entscheidung der Vorinstanzen steht mit dieser Auffassung im Einklang. Eine unvertretbare Rechtsansicht wird im Revisionsrekurs daher auch insoweit nicht aufgezeigt.

5. Das Rekursgericht hat die Annahme des Erstgerichts, die von der Beklagten vermittelten Fahrer verstießen in den meisten Fällen gegen die Rückkehrpflicht, nicht übernommen, sondern es nicht für bescheinigt erachtet, dass eine „konkrete Verletzung der Rückkehrpflicht (oder gar 'in den meisten Fällen') vorliegt“. An diese Negativfeststellung bzw -bescheinigung ist der Oberste Gerichtshof gebunden (RS0002192); sie fällt der bescheinigungspflichtigen Klägerin zur Last.

**Textnummer**

E128993

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0040OB00076.20K.0702.000

**Im RIS seit**

03.09.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

03.09.2020

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)